280

28



POR

Doña Maria Rodriguez, vezina de las Brozas, heredera del Licenciado Alonſo Ximenez Delgadillo.

CONTRA

Iuan Dominguez y conſortes vezinos de la villa de Alcantara.

En Granada, por Bartolome de Lorençana, a la eſquina de la calle del Pan, junto a la Real Chãcilleria. Año de 1627.

180

POR dos caminos se funda la justicia de la dicha doña Maria Rodriguez, y qualquiera dellos excluye la pretensiõ de Iuan Dominguez y consortes.

El primero es, que por hecho assentado deste pleyto consta, que el pariente mas cercano que deuia heredar abintestato a Maria Gomez, de cuya sucession se trata, era el Licenciado Alonso Ximenez Delgadillo, a quien sucedio la dicha doña Maria Rodriguez, y esto no lo niegan, ni pueden las partes contrarias.

Pero para excluyr esta pretension se valẽ de dezir, que aunque sea assi, que el dicho Licenciado Delgadillo fuesse heredero abintestato de la dicha Maria Gomez; esto no ha de ser en los bienes rayzes troncales que a la dicha Maria Gomez le vinieron por herencia de Iuã Gomez su padre, porque en estos ellos como parientes de la dicha Maria Gomez por parte de su padre, los deuen heredar, auiendo muerto como pretenden la dicha Maria Gomez abintestato, en virtud del fuero de Molina y Sepulbeda, que dizẽ que se platica y acostumbra en la dicha villa.

La dicha doña Maria Rodriguez pretende q̃ no ay bienes troncales: y para que se vaya con inteligencia de los bienes que ay en la herencia, para ver sobre quales cae esta controuersia, se aduierte, que huuo tres generos de bienes en la herencia. Los vnos fueron muebles, y en estos sin controuersia es, que aunque se platique el dicho fuero no bueluen al tronco. Los otros son rayzes, y entre estos ay vna huerta q̃ quedò

quedò por muerte de la dicha Maria Gomez, la qual la susodicha no la heredò de sus padres, sino de Miguel de Auila su primero marido; y en estos bienes tambien cosa es clara que no puede platicarse el tronco. Otros bienes son los que estã sitos en Salorino, y estos es hecho que resulta de las prouanças contrarias, q̃ fueron ganados por la dicha Maria Gomez, constante el matrimonio con Garcia Gomez su segundo marido, en los quales tãpoco puede praticarse el dicho fuero. Otros bienes ay sobre q̃ cae la controuersia, que son los que estan en Herreruela; estos bienes, segun la pretension contraria, los heredò Maria Gomez de Iuã Gomez, y de Ysabel Ximenez sus padres, y el dicho Iuan Gomez los heredò de Maria Gomez, y Gaspar Hernandez sus padres, y no consta, ni ay prouança si estos bienes fuessen del dicho Gaspar Hernãdez, o de la dicha Maria Gomez, ni si los huuiessen heredado ellos d̃ sus padres, o los ouiessen adquirido constãte su matrimonio; por manera, que la rayz fixa de donde salieron estos bienes, son los dichos Gaspar Hernandez, y la dicha Maria Gomez.

El parentesco que las partes contrarias pretenden, es descender de Iuan Dominguez, hermano que dizen fue de la dicha Maria Gomez, muger del dicho Gaspar Hernandez: si los dichos bienes fueron del dicho Gaspar Hernandez, los excluye falta de parentesco, porqne no son del tronco de los litigantes: si fueron de la dicha Maria Gomez, no constando que los heredô de sus padres, tampoco pueden pretender por el dicho fuero, porque no proüienen de tronco comun, como es necessario, conforme a la ley 6. de Toro, 1. titu. 8. lib. 5. recopil. en las palabras: *Saluo en las ciudades, villas, y lugares, do*

segun

segun el fuero de la tierra se acostumbra tornar los bienes al tronco, o la rayz a la rayz; y en todos los dichos bienes es razon principal para excluyr la pretension contraria.

El Abogado contrario fundādose en dotrina de Auend. in l. 6. Taur. glo. 11. n. 6. & 8. y de Iuan Gutierr. lib. 2. pract. q. 98. y de Rojas, in epitom. fuc. c. 30. n. 10. & 11. pretende, que aūque no se prueue que los bienes son de ascendiente comun, han de boluer los que fueron de vn parentesco a los parientes por aquella parte, sin embargo de que no ayan salido los bienes del stipite comun, dando por fundamēto la inteligencia que los dichos Dotores dan a la palabra, bueluan, que signifique, idest, *vēgan*, quasi verbum, *reddendi*, habeat etiam significationem per se dandi; pero esta inteligencia ni conuiene a la intencion, ni a las palabras de la ley.

Para lo qual se presupone, que en derecho es controuertido, si la palabra, tronco, se ha de tomar efectiue, o continuatiue; efectiue se dize quando se considera por tronco la persona de quien emana la disposicion, o derecho; continuatiue se dize quando se considera el tronco, no respecto de la disposicion y persona de quiē dimana el derecho, sino respecto del tronco de quien la tal persona desciende, y la primer inteligencia tienen Bartol. in l. peto. §. fratres. ff. de leg. 2. y le siguen Paul. conf. 51. n. 10. lib. 2. plures quos refert Menoch. consl. 233. n. 16. idem lib. 4. præsump. 88. n. 2. Beroius, consl. 176. nu. 22. lib. 2. Tiraq. in l. vobis, §. hoc sermone, 1. p. num. 85. Ripa in l. ex facto, n. 6. ff. ad Trebel. & est de mēte, Bald. consl. 339. lib. 3. n. 2. dicens: *Et confirmātur prædicta visuali exemplo, finge hominem in cruce braquis extensis, ibi est caput ascēdens, & pedens descendens,*

cendens, & braquia partes transuersales, & ex vno tr ũ co omnia.

La segunda tuuieron Paul. Angel. Iass. in l. fi. de verborum sig. Menoch. cons. 233. nu. 18. Gabriel, cons. 213. lib. 3. col. 2. Decius, cons. 321. n. 8.

La concordia destas opiniones se reduze a conjecturas de voluntad en la ley, o disposiciõ. Con este presupuesto, diziendo la ley que los bienes bueluan al tronco, y la rayz a la rayz, no se puede entender que dispuso que el tronco se considerasse continuatiue, de tal manera, que in infinitum estuuiessen llamados a esta sucession troncal todos los que descienden de vn comun extipite, aunque los bienes no se ouiessen deriuado de alli, porque seria causar vna infinidad contra todas las reglas de sucession, y priuar muchas vezes a los padres de la herẽcia de los hijos por vn transuersal que estuuiesse in lõgissimo gradu, sino q̃ considerò el tronco efectiue, respecto de la persona cuyos fuerõ los bienes en primero lugar, por cuya acquisicion este tal quodam modo acquirio derecho a toda su descendencia, y fundò tronco y rayz para todos sus descendientes en aquellos bienes, los quales aunque vengan a vn descendiente, le aya de suceder vn transuersal, considerado este primer principio de acquisicion, de donde se deriuarõ como de rayz y tronco las demas ramas: porq̃ los parientes transuersales que no se deriuã de la rayz y tronco donde tuuo principio y origen la acquisicion de bienes, ascendiendo a su tronco, aunque del se deriue el que acquirio, no hallan principio ni tronco en que aya estado el derecho de los bienes que se les pueda auer deriuado; y assi la ley diziendo que los bienes bueluan al tronco, y la rayz a la rayz, presupuso en la rayz y en el tronco derecho deriuado en los

demas, aunque transuersales, respecto del vltimo sucessor en los bienes; la qual es inteligēcia ajustada a los terminos del derecho.

Precipuè, q̃ siendo este fuero odioso, se ha de restringir, y no ampliar, ex latè cōgestis ab ipsomet, Auend. in d. l. gloss. 11. num. 24. y fuera no solo restriccion, pero vna interpretacion latissima el entender la palabra, tronco, y rayz subiectiue, vel continuatiue, pues venia el fuero a practicarse, no solo sin limitacion, ni restriccion alguna, pero con vna ampliacion no comprehēdida en la mente, ni en las palabras, y contra todas las reglas de sucessiō, quod absurdissimum est.

Quod comprobatur, porque las palabras cō que la ley habla, *bueluan*, latinè, *reuertantur*, vel *reddeant*, licèt sint verba cōmunia, quæ directè, vel indirectè significent, su principal significado es boluer los bienes adonde salieron, eleganter Bald. in l. cum etiā. 5. C. de reb. credit. n. 1. vers. *Secundo nota, quod verbum reddi ponitur pro præstari licèt de sui natura, significet actum relatiuum, siue retrosimilem*: y quando en vna disposicion se hallan palabras que puedan significar propria e impropriamente, siempre se han de entender in proprio significatu, præcipuè in materia odiosa, & restringibili, & vbi resultat correctio iuris communis, l. sciāt, C. de leg. hæred. Signor. Homod. cons. 68. n. 5. Bartol. cons. 243. n. 6. lib. 1. Gemin. cons. 33. n. 9. y en terminos del dicho tronco lo resuelue assi Ceruantes, in d. l. 6. num. 147. ibi: *Quia cum bona à patre illius filij essent de nouo acquisita reddire ad truncum, non debent cum bona tunc dicantur reddire, quando venerunt ab eo loco ad quem reddeunt, vt in l. cum pater, §. rogo, ff. de leg. 2. l. 1. §. eleganter, ff. de posit. responderi ei potest, quod cum ea bona à patre exierint in filiū, quæ fuerint deriuata, res-*

pectu

pectu huius successionis, & deriuationis ea bona reddire dicentur, & hæc est melior ratio cæteris supra positis, prior enim non bene concludit, vt supra dixi, at ea quã in secundo loco possuimus maximam in post violẽtiam, verb. reddendi, in nostro casu, vt ex supradictis tibi cõstat, & sic hanc vltimam rationem amplexus fuit, Rojas, in d. cap. 30. n. 6.

Cæterûm, considerados todos los Doctores, ninguno parece que ay que se pueda alegar por la contraria opinion, y todos deciden q̃ el tronco se à de juzgar respecto de la persona de quiẽ salieron los bienes.

El primero que se alega por la parte contraria es Ioan. Gutierr. en la q. 98. en el lib. 2. de las pract. vers. *Sed hoc non obstante*, & vers. nihilominus tamen, y este es en fauor de nuestra ooiniõ: porque lo que alli dudó Ioan Gutierrez fue, si era necessario para que los bienes se dixessen troncales, que fuessen de abolengo, o bastaua q̃ el padre los adquiriesse; y dize que si: y la razon que da es, porque respecto del hijo el padre es tronco, y auiendo muerto el hijo, dezir que han de boluer los bienes a los consanguineos paternos, no es dezir que ha de boluer a los consanguineos, qui non comprehenduntur sub trũco; porque esto no fuera boluer al tronco, sino que han de boluer a los cõsanguineos paternos, qui comprehendũtur sub trunco, lo qual se deduze manifiestamente: porque para comprobacion desto alega la l. 15. tit. 11. lib. 5. la qual en materia de retracto prueua, que el que ouiere de retraer la cosa vendida por el pariente, ha de ser del mismo abolengo de donde la cosa salio, vt idem resoluit ibi: Matienç. glos. 1. num. 1. & 2. y lo prueua expressamente la l. 8. tit. 9. lib. 5. ibi: *Sobre la dicha ley del fuero ay otra duda, que se leuantan y siguen muchos pleytos; ca la dicha ley da facultad*

al pariente mas propinquo de sacar la heredad de su patrimonio, o abolengo tanto por tanto, y acaece que vn hombre huuo vna heredad, que fue de su padre primeramente, y este tiene vn hermano, y vn hijo, y vende esta heredad, &c. vbi lex præcipuè præsuponit, que para sacar la cosa de abolengo por retrato, ha de ser el que la quisiere sacar del mismo abolẽgo, vt ibidem resoluit Matienç. gl. 1. n. 50. vsque ad num. 54. ponderans illa verba: *Si ome de aquel abolengo la quisiere comprar*: y assi resuelue Ioan Gutierr. precisamente, que para que se diga boluer los bienes al tronco, ha de ser la persona a quien han de boluer comprehendido en el trõco de quien se deriuaron los bienes.

Rojas en el cap. 30. n. 11. y Auendaño, in l. 6. glo. 11. n. 20. hablan en la misma especie que Iuan Gutierrez, y assi es autor por nuestra opinion, porque a lo que mas se extienden, es dezir, que han de boluer a los ascendientes, quod nihil ad rem cum in casu præsenti, no aya ascẽdiente de la dicha Maria Gomez en quiẽ se pueda deribar el derecho de tronco en las partes contrarias; y por esta opiniõ son todos los Dotores, que en materia de retratos requieren, q̃ el que ha de retraer la cosa sea del mismo abolengo de donde se deriuó, porque no puede auer resoluciones mas ajustadas a esta materia, que entender vnas leyes por otras quando disponen en casos semejantes.

Et finaliter se considera, que las partes contrarias no tienen prouado el fuero en los lugares donde estan sitos los bienes, lo qual era necessario ex supradictis: imò, por nuestra parte está prouado que se pratica con limitacion de casos, para que no ayan de suceder los del trõco, de cuya sucession se trata, quando el defunto no muere en la edad pupilar, y siendo el dicho

cho fuero costumbre, eo modo, quo obseruata est practicanda, & non vltra, vt resoluunt supra dicti DD.

El segundo camino por donde funda la dicha doña Maria Rodriguez su justicia, es por el testamento, con el qual quando no procediera con tanta llaneza lo que queda fundado en el primero, es tambien cierta su justicia, porque segun la comun resolucion de los dichos Dotores, en la l. 6. de Toro, aunque los dichos bienes fueran troncales no se procede, ni se pratica el fuero contra el testamento; y para este intento se alegò la dotrina de Antonio Gomez, in l. 6. Taur. n. fin. y no para lo que el Abogado contrario dize, que en esto, y otras cosas que refiere, que afirmamos, se engañò.

Para euadir el fundamento que haze en el dicho testamento, opone la parte cōtraria que es nulo, y la nulidad la funda en dos cosas. La primera, en que el escriuano ante quiē se otorgò no lo era del lugar de Salorino, y que conforme a la l. 1. tit. 25. lib. 4. recop. no puede valer el dicho testamento.

La segunda, que aunque el testamento tiene cinco testigos, tres vezinos de Salorino, y dos de las Brozas, los dos de los tres vezinos contradizen al testamento, y que aunque se pudiera sustentar con los otros tres testigos que estan por el testamento, no siendo los dos dellos vezinos de Salorino, falta la solemnidad de la ley para que el testamento valga.

Ninguna destas dos oposiciones pueden quitar la fè y valor al dicho testamento.

En quanto a la primera cierto es, que contra la legalidad del escriuano ni se ha alegado, ni prouado cosa alguna; y asimismo es cierto, que en el lugar de Salorino no ay numero de

escriuano, sino vno, a quien los Fucares nombran por arrendamiento, y que ay costumbre que este pueda poner en su lugar el que quisiere para sus ausencias; y que Ioan Martin Lirio, que lo era, tenia nombrado a Iuan Serrano, ante quien se otorgò el testamento, el qual era escriuano destos Reynos aprouado por su Magestad.

Con estas aduertencias, en la question ante que escriuano se ha de otorgar vn testamento, para cumplir con la solenidad de la ley, q̃ quiere que se otorgue ante escriuano publico (aunque Burg. de Paz, en la l. 3. de Toro, 2. p. n. 1041. dize, que vido obtener en vn testamẽto hecho ante vn escriuano Real, aunque auia numero, porque se ha de atender a la verdad del hecho) la verdadera resolucion es, que si en el lugar donde se otorga el testamento, no ay numero de escriuanos, sino que el que lo exerce, es nõbrado por el señor, o por la Iusticia, que el testamento que se otorgare ante otro qualquiera escriuano de los Reynos, no dexara de valer por no ser escriuano del dicho lugar, ita in terminis resoluit Auend. de exequend. 1. p. c. 10. n. 6. vers. *At vbi non esset numerus tabelionum, vel creatio notariorum positorum, vel deputatorum a concilijs, sed tabeliones essent positi, vel a solo domino, vel a iudicibus locis in tali casu, non loquitur dicta lex Toleti, quia hoc casu dicta lex Toleti non prohibet, quod Notarij Regi quocumque loco sibi Regio, siue dominiorum inferiorum possint conficere instrumenta contractus, siue testamenta, & alia acta iudicialia, siue extraiudicialia, nam vbi non est limitata potestas Notariorum extra limitationem inductam per dictam legem 4. tit. 18. lib. 2. ordin. quæ est d. l. 1. tit. 25. lib. 4. recop. quia in tali casu manet integra potestas Notarij Regijs ad instrumenta conficienda, tam iudicialia, quam exsraiudicialia,*

iudicialia, & ita probant illa verba legis: Pero todos los otros escriuanos que fueren habiles y de buena fama, puedan dar fè de todos los actos judiciales y extrajudiciales sin pena alguna, &c. Burg. de Paz, in d.l.3.2. p.n.1043.1044.& 1045.

Y en este caso es cierto, que en el dicho lugar no ay numero, sino vn escriuano nombrado por los Fucares, como Administradores de la Orden, cum vnus non sit numerus, sed principium numeri, glos. in l. si quis ante, ff. de acquir. posses. Y està prouado que se acostumbra, que en ausencia los dichos escriuanos, el vno del otro, hazen los instrumentos en los dichos lugares, quæ sufficit ad validitatem instrumenti inter alios, notat Bald. cons.118. in princ. lib.3. Zabar. cons.74. ad fin. vers. Ad secundum principale: porque en este caso, la comun reputacion de que puede hazer el instrumento, haze que valga, aunque aliàs no pudiera hazerle, Bald. d. cons.118. lib.3. Fulg. in l. Barbarius, de offi. Præs. & cons.151. col.1. Alber. qui ita fuisse semper obseruatum affirmat in d.l. Barbarius, n.33. Deci. in c.1. de fid. instrum. Ioann. Igne. in l.3. §. si quis tabulas, n.70. ff. ad Silanian. Y en este caso procede con mayor razon, porque el mandar q̃ donde ay escriuanos del numero, no puedã hazer autos los escriuanos Reales, es solo por fauor de los dichos escriuanos del numero: y asi donde no le ay, que cessa este fauor, se ha de guardar lo dispuesto por derecho comun, vt tradit Burg. de Paz, n.1043. ad fin. ibi: *Et tunc, vt casum prætermissum constat esse definiendum legibus iuris communis, l. commodissime, ff. de liber. & posthu. cum suis similibus, quibus notum est testamentum corã tabellione, etiam non numerario confici posse, & constat in l. generali, C. de tabular. & in authen. de tabel. col.4.* Y en los terminos deste pleyto, en el dicho

cho

cho lugar de Salorino, no ay escriuanos del numero, y el nombrado es por el Administrador, que es como por el señor del lugar, quo in casu segun Auend. vbi sup. no ay prohibicion para q̃ pueda hazer el testamento escriuano Real.

Y con lo que se sale de toda duda es, que cõforme a la cedula de asiento, que su Magestad tiene con los Fucares, para la administracion de los lugares de las Ordenes, como lo son Mẽbrio y Salorino, el que tuuiere en arrendamiento el oficio de escriuano de qualquier lugar, puede seruirlo por si, o por sustituto, como sea escriuano: y porque la capitulacion que desto trata se ha ydo a compulsar, nos remitimos a q̃ vista por V.m. hallara que es cierto, porque hemos visto vn traslado simple, en molde, della.

En quanto a la segunda, pretende la parte contraria, que auiendo dos de los testigos instrumentales dicho, que aunque se hallarõ presentes al otorgar el testamento, no vieron a la testadora, ni oyeron que lo otorgasse, siendo estos testigos vezinos, aunque quedan otros tres testigos, por ser los dos no vezinos, falta el numero para la solenidad que se requiere de tres testigos y escriuano publico, y que esto haze vacilar la fé del testamento, glos. in l. 1. §. si quis neget, ff. quemadm. & c. apperiant, Bald. cons. 304. col. 2. vol. 5. Alex. Corn. Socin. & plures alijs relati a Surd. cons. 129. n. 26. & cons. 378. nu. 10. & cons. 414. n. 18. Menoch. de arbitr. lib. 2. cẽtu. 2. casu 105. nu. 16. Aluar. Valasc. consult. 183. per tot. Bursat. cons. 33. n. 15. Mascard. de prob. lib. 1. in præfat. q. 6. n. 53. Farin. de falsit. q. 158. n. 162. & cons. 97. n. 15. y este es el principal apoyo en que las partes contrarias hazen toda la fuerça para fundar la justicia.

Esta dificultad se satisfaze ex sequentibus.

Lo

Lo primero, porque no se puede negar, que el dicho testamento en su inspeccion, para valer por nuncupatiuo tiene la solemnidad cumplida que requiere la l.6. de Toro, porque tiene tres testigos, y escriuano publico, y aunque tenga dos no vezinos, que no fueron necessarios, estos no solo no vician, pero acreditan la disposicion, l. hæredes palam 21. in princip. ff. de testam. l. testamentum 17. C. eod. D. Anto. Pichar. in §. sed eum paulatim, inst. de testam. n.6. y teniendo como tiene todas las solemnidades, in dubio se ha de presumir por el, l. cum precibus, l. si scriptum, C. de probat. glo. in l.1. C. de fideicom. Cephal. cons. 138. n.11. Manti. de coniectur. vltim. lib.2. tit.9. nu.1. & 2. Menoch. de præsump. lib.4. præsump.9. n.1. Surd. cons. 414. n.20. vol.3. quia instrumentũ quale apparet in sui prima figura talis præsumetur actus, qui in eo continetur, Bald. in c.1. in princip. de fœudo dato inuicem legis commissoriæ, & instrumentum tale præsumitur in materia, quale est in forma, Bald. cõs. 456. col.1. vol.1. Beccius, cons. 52. n.2. Surd. vbi supra, n.21.

Lo segundo, porque la opinion de los que resueluen, que quando vn testigo, o dos, escritos en el testamento, lo contradizen, hazen vacilar su credito, porque entonces falta el legitimo numero de testigos, no es indistintamente verdadera, porque puede acontecer que sea verdad que se aya hallado el testigo presente al hazer y otorgar del testamento, & nihilominus posteà contradicat calumniose, lo qual no detraeria al credito del testamento, cum verũ sit talem testem præsentem fuisse, vt eleganter considerat Menoch. lib.2. de arbi. centur.2. casu 105. n.17. ibi: *Verum accuta Socini ratio, qua in hanc opinionem adducitur vera, non videtur maximè*

 enim

enim differt, quia solum abinitio sex testes in testamento sunt adhibiti ab eo, quod adhibiti sunt, & vnus eorū se substrahat, nam quando abinitio, non fuit adhibitus re ipsa constat legis formam, non esse obseruatam, atq; ita testamentum esse ipso iure nullum, at quando vnus se substrahit alijs attestantibus de veritate testamenti calumniose, potiusquam vere repugnare videtur, & sunt testimonium confunditur aliorū testimonio, &c. vbi in id expendit Iass. & alios, per tot. n. 18.

De que se consigue, que se compadece, que los testigos instrumentales que depusieron cōtra el testamento lo ayan hecho maliciosamēte por las causas que despues se diran, & quod non ex eo solum, que digan que no vierō otorgar el dicho testamento, se puede afirmar que le falta la solemnidad requerida de derecho, sino que se ha de venir a otra diferente disputa, que es, si siendo asi, que el testamento tiene in sui figura la solemnidad que se requiere por la contradicion de dos testigos instrumentales, se inualida el dicho testamento, en lo qual, siendo asi, que de la misma deposicion de los dichos dos testigos resulta, que al tiēpo del otorgamiento supieron y entendieron que los ponian por testigos, porque no niegan la presencia, y auer estado en la casa al tiempo del otorgamiento, sino solo dizen que estuuieron en parte que no vieron a la testadora, antes se presume en ellos falsedad en lo que deponen que falta de solemnidad en el testamento, Bald. in l. si non speciali, n. 1. in fin. C. de testam. ibi: *Caueant tamen, ne dicant si fuisse præsentes, quia præsentia includit visum adde, quod notatur, in l. 1. ff. de author. præst.* Salicet. in authen. rogati, nu. 2. in princip. C. de testib. eleganter Surd. d. cōs. 414. n. 76. ibi: *Quarto respōdeo, quod vbi testis est rogatus, & fuit adhibitus ad actus testandi, si postea in iudicio*

exa-

28)

examinatus dicat, se non audiuisse nullam meretur fidem, & ei non creditur, & proptereà solemnitas testamenti non deficit, ita singulariter disputando in his terminis distinguit, & cõciliat Bosi. in d. tit. de falsis, numer. 11. Versic. Potest dici, quod quando dum enim testis dicit, non audibi notat seipsum, idest allegat suam turpitudinem, quod facere non potest, l. cum profitiaris, C. de reuocand. donation. capit. inter dilectos, de donation. cum enim testis inuitus adhiberi, non posit ad testamentum conficiendum, l. qui testamento, §. vltimo, vbi Doctores, ff. de testament. Abb. in cap. 2. numer. 16. de his quæ vi, Card. Mantic. dict. lib. 2. tit. 18. num. 14. in fine, ibi: *Eo ipso quod passus est scribi, & adhiberi pro teste videtur fatori, quod videret, & audierit quæcumque dicta, & gesta fuere, & tacite prò instrumento testificare, vt inuit Bosius, loco præcitato, n. 13. & ideò si contrarium asserat dicendo posteà non audiuisse non nocet tertijs,* eleganter idem Surd. conf. 378. n. 20. ibi: *Non enim est verisimile, quod passus fuisset se rogari, & describi in testem eorumque, neque vidit, neque audibit, & cum in publicatione audibit notarium dicentem, quod hæres fuerit proprio ore testatoris nominata, quod testes fuerant à testatori rogati, & alia suum erat per negare, & dicedere si ea, non ita gesta erant quomodo recitabantur à notario, videtur namque mihi, quod seipsum acusset, & sibi ipsi in nurat notam, & se falsum testem fatratur, qui passus est rogari, & describi in testem eorũ, quæ neque audibit, neque vidit:* que son palabras ajustadas a lo que sucedio en este caso, que los testigos que contradicen el testamento, quando se les leyò no lo contradixeron, y al cabo de treze años, que se ha posseido en virtud del, por las promesas y conciertos que se han fecho cõ las partes contrarias, han depuesto falsamente cõtra lo mismo que se presume que afirmaron, cõ dexarse poner en el dicho testamento.

Lo

Lo tercero, porque en la queſtion quando duo teſtes contradicunt teſtamentum, & alij duo ſtāt pro eo, que es el caſo mas apretado q̄ la parte contraria puede conſiderar en los terminos deſte pleyto, en que dos teſtigos inſtrumentales dizen (no que no ſe hallaron preſentes) ſino que no vieron a la teſtadora: y otros dos, vno inſtrumental, y el miſmo eſcriuano, deponen por el teſtamento, ay variedad en los eſcritores, an tales duo teſtes qui teſtamentū contradicunt illud impugnent, vt videre licet apud Farinac.q.158.de falſitat.n.162. donde la opinió afirmatiua parece que ſe funda cō mas numero de eſcritores, pero limitaſe en la eſpecie deſte caſo, vt eleganter conſiderat idem Farin.ibidem num.165.dicens: *Sublimita hanc secūdam limitationem, vt procedat quando eſt quæſtio voluntatis, hoc eſt, quod teſtis contradicunt teſtamento dicendo non ſic fuiſſe à teſtatore dictum, prout in teſtamēto ſcriptum reperitur, tunc enim cenſetur reprobatum teſtamentum niſi fuerit coadiubatum ab alijs teſtibus in numero ſufficienti, ſecus ſi ſit quæſtio ſolemnitatis, & non voluntatis, quia putà non dubitetur de volūtate teſtatoris, ſed vtrum perfectus numerus teſtium interuenerit, tunc enim ſi duo ex deſcriptis teſtibus ſe non interfuiſſe dicant teſtamēto alij vero dicant contrariū, quod imò prædicti teſtes negantes ſe interfuiſſe re vera interfuerunt, tunc in quam ſubſtinetur teſtamentum.* ETIAM QVOD COADIVBANTES NON SINT IN NVMERO SVFFICIENTI: *per ea quæ dixi ſup. hanc eadem quæſtione, numer. 160. & in ſpecie colligitur ex traditis per Boſium, &c.* Y que en eſte caſo el eſcriuano faciat numerum non ſolum vnius, ſed etiam duorum teſtium, probat Ruin.conſil.36. numero.1. lib. 4. Bolognet. in addit.conſ.Ioan.de Anan.conſ. 97. quos refert & ſequitur Menoc.lib.2.cent.2.caſu 105. n. 39.

 Y aſsi

288

Y assi, quando con vn testigo instrumental concurre el dicho del escriuano en fauor del testamento, aunque depongan contra el otros dos testigos instrumentales, probat, plures relati á Farinac. vbi sup. n. 172. eleganter Menoch. d. casu 105. n. 43. dicens: *Non procedit tamen hæc opinio quando pro ipso instrumento examinatur vnus testis, tunc fides notarij, & huius testis omnino præualet testimonio duorum instrumento contradicentium, ita Immol. d. c. cum Ioan. & d. §. si quis neget, n. 5. quem sic declarat, Cravet. d. cons. 56. n. 15. sic etiam procedere hoc casu potest quod respondit, Ias. d. cons. 13. col. 3. in princ. lib. 3. qui tamen subdit iudicem ex negotij aptitudine inclinare debere pro instrumento; ego absolutè seruio iudicem omnino, hoc casu pro instrumento pronuntiare debere, ita etiam hoc casu potest procedere, responsum Alex. cons. 93. n. 12. lib. 5. &c.*

Y quando la opinion de Ias. que por la circũstancia del caso, se deua mouer el Iuez a determinar en fauor del testamento, en este caso cõcurren tantas, que inclinan precisamente el arbitrio de la verdad del.

La primera es, ser la persona instituyda, heredero abintestato, a quien en duda el derecho presume, que la testadora quiso instituyr, cum semper testator præsumatur se velle conformare cum dispositione iuris communis; ex vulgatis.

La segunda, estar prouado, que la dicha Maria Gomez, antes que otorgasse el dicho testamento dixo, que auiá de instituyr al dicho Licenciado Delgadillo, y no solo al tiempo proximo al testamento, sino muchos tiempos antes en diuersas ocasiones, vt considerat Surd. d. cons. 414. n. 95.

La tercera, porque por el testamento se han de considerar los testigos instrumentales, que

no hã depuesto, respeto de auer dilatado la parte contraria el poner en execucion su pretensiõ tanto tiempo, que ha sido causa de que los dichos testigos se ayan muerto, quo casu los testigos que no depusieron stant pro instrumento, eleganter Menoch.d.casu 105.n.30.expendens in id Bald.Fulg.& Boer.

La quarta, porque en virtud del dicho testamento se han posseydo los dichos bienes mas tiempo de 14. años, sciente aduersario, vt ex Boerio, q.118.n.21.& 22. resoluit Menoch. vbi sup.n.30.in fin.

La quinta, porque ay dos testigos, no instrumentales, que deponen en fauor del mismo testamento, y conuencen de falso a los testigos q̃ lo contradizen, Surd.d.cons.414.à nu.85. cum seqq. vt probatur ex glos. in d.§. si quis neget, vbi Bartol.& Immol.Felin.in cap.cum Ioan.de fid.instru.Menoch.vbi sup.n.22.Farin. cons.97. n.15.dom.Ioan.del Castill.lib.4.c.27.n.10.Porque en efeto, estos dos testigos, el escriuano y el instrumẽtal, deponen, que los testigos q̃ contradizen el testamento, se hallaron presentes a su otorgamiento.

La sexta, porque los testigos que contradizen el testamento, non deponunt directè cõtra testamentum, sino solo dizen, que aunque estuuieron presentes en la dicha casa, no estuuieron en parte que vieron a la testadora: y como supra probabimus, los que deponẽ en esta forma son sospechosos de falsos, porque siendo llamados para el testamento, y consentido que los pusiessen por testigos, no contradiziendolo, son vistos deponer por el instrumento.

La setima, porque los dichos testigos que dizen contra el testamento, padecen tachas de concierto con los actores, de que han de lleuar

interesse

intereſſe ſi ſalen con el pleyto; y para que los teſtigos, en caſo que reprueuen el teſtamento, hã de ſer omni exceptione maiores, vt voluit Bartol. in d. §. ſi quis neget, n. 12. in fin. Bald. & Feli. in c. cum Ioan. de fide inſtrum. ſub n. 6. Menoc. vbi ſup. n. 33. Boer. deciſ. 118. Bertazol. conſ. 398 n. 1. Surd. conſ. 132. n. 41. & d. cõſ. 414. n. 92. Maſcard. de proba. lib. 1. in præfat. q. 6. n. 56. 68. & 70. & lib. 2. concl. 919. n. 5. & 6. & innumeros refert Farina. de falſit. q. 158. n. 92. Y han de ſer tales los teſtigos, que reprueuen al inſtrumento, quod carere debeant macula leuiſsima adeò, quod modicus defectus repelit teſtes reprobatorios, vt optime conſiderat Surd. d. conſ. 414. n. 92. in fin.

La otaua, porque en concurſo de prouanças pro & contra inſtrumentum, ſiempre ſe ha de eſtar a la prouança que fauoreçe el teſtamẽto, vt optime poſt Inocen. Felin. & alios, in c. cum Ioann. de fid. inſtrum. conſiderat Alciat. conſ. 599. ante n. 1. Grammat. conſ. crim. 76. n. 8. Foller. in prax. crimi. in verbo, item quod commiſit falſitatem, n. 64. Menoch. vbi ſup. n. 22. Maſcard. n. 49. Farin. vbi ſup. n. 162.

Ex quibus omnibus ſatis patet reſponſio ad conſiderata in contrarium: porque como hemos fundado contra la reſolucion de Alua. Valaſc. pugnan todas las que quedã referidas por nueſtra parte, con las ventajas de las dichas circunſtancias. Y aſsi eſperamos, que ſe ha de cõfirmar la ſentencia del inferior en forma de la dicha doña Maria Rodriguez. Salua, &c.